

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

PROCURA-SE UM ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Hélio Sílvio Ourem Campos (1)

O Brasil já teve Constituições de várias espécies: rígida, flexível, mista etc. O Brasil, segundo consta na história, chegou mesmo a ter uma Constituição por apenas um dia, ao adotar, em 1821, a Constituição espanhola de 1812².

Como também se sabe, a Constituição de 1824 (a que mais tempo demorou em vigor) chegou a passar, enquanto Projeto³, por um plebiscito entre as Províncias. Pernambuco não a aprovou, e foi desencadeada a Confederação do Equador, ficando ao nosso lado a Paraíba, o Rio Grande do Norte, o Ceará e o Piauí⁴. A Constituição de 1891, embora haja se sujeitado a uma Assembléia, encontrou na mesma uma atuação muito tímida, porquanto ela praticamente se limitou a questões formais, com a ressalva da discussão sobre a repartição de rendas entre as unidades da Federação que surgia. A Constituição de 1934 durou

¹ **HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS**. Professor Titular da Escola Superior da Magistratura/PE. Professor Adjunto da Universidade Católica/PE. Juiz Federal/PE. Doutorando pela Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal/PE. Delegado pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE - Associação Nacional dos Juizes Federais. Ex-Procurador do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.

² Foi um Decreto de 21 de abril de 1821 que estabeleceu a adoção provisória da Constituição espanhola de 1812 (Constituição de Cadiz). Esta Constituição, que vigorou por apenas dois anos na Espanha, chegou a ser utilizada pelo Brasil, por Portugal e pelos Reinos de Nápoles, da Sicília e do Piemonte. Nela, estavam contidos princípios como o da tripartição dos poderes, a adoção da religião católica apostólica romana e a liberdade de imprensa.

³ D. Pedro I, na proclamação imperial que dissolveu a Assembléia Constituinte e Legislativa (13.11.1823), convocou uma nova Assembléia - Conselho de Estado - com o objetivo de elaborar um Projeto de Constituição. Foi ao Conselheiro Carneiro de Campos que coube a tarefa de redigi-lo, havendo o Conselho terminado os seus trabalhos já aos 17.12.1823. Exemplares deste Projeto foram encaminhados a todas as Câmaras Provinciais. A adesão a ele não foi plena, havendo algumas Câmaras o recusado. Em Pernambuco, foi isto o que ocorreu, dado às idéias republicanas que então vingavam. No entanto, a maioria das Câmaras foram favoráveis ao Projeto, que se tornou a Constituição Política do Império, pelo Decreto datado de 11.03.1824 (o ato solene de juramento ocorreu em 25.03.1824).

⁴ Nesta Confederação, ocorreram fortes divergências internas, pois os setores populares apresentavam-se favoráveis à abolição da escravidão, enquanto os proprietários rurais não o eram. O movimento foi sufocado, e foram condenados à morte os seus líderes, entre eles Frei Caneca. A reação ao Texto Constitucional, e a mudança das contingências políticas da época, terminaram por provocar o Ato Adicional de 1834, que conferiu autonomia às Províncias, constituindo as mesmas Assembléias Legislativas Provinciais. Este Ato foi votado pela Câmara dos Deputados, sem a presença dos Senadores, dado que os mesmos não estavam investidos de poderes para alterar a Constituição. Por isto, aos 17.06.1834, decidiram os Deputados que o Senado não deveria participar da Reforma Constitucional. O Senado, embora com algumas reações, concluiu por acatar a decisão.

muito pouco, pois, já em 1937, fez-se surgir a “polaca”. Esta previa a realização de um plebiscito para legitimá-la, o que naturalmente não ocorreu, ficando o mandamento apenas como uma estratégia idealizada pelo chamado “Chico Ciência” (o jurista FRANCISCO CAMPOS). Depois, veio a Constituição de 1946. Após, a de 67. Nesta, através do Ato Institucional nº 04⁵, fez-se transformar o Congresso Nacional em Poder Constituinte, não se podendo dizer ao certo se foi outorgada ou promulgada. Quanto à Emenda nº 01/69, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição, dado as grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional. Sobre a Constituição antecedente à de 1988, falava-se que era uma “colcha de retalhos”, dado que atingida por 25 emendas (a 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte que elaborou a atual Constituição). A atual, considerando a aprovação da Reforma Administrativa, já atingiu este número, e, com folga, irá superá-lo, pois já se fala em Reforma Previdenciária, Tributária, do Poder Judiciário etc.

Esta é a tradição brasileira. Ao menor sinal de problema, aponta-se como resposta mudar novamente a Constituição. Estamos sempre à procura de uma nova Constituição.⁶

Ainda quanto à Constituição de 1988, também em face de não haver partido de um projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se na difícil tarefa de conferir unidade a algo que efetivamente não possuía, até porque pretendia-se um sistema de governo parlamentar, e foi votado o presidencialismo, inclusive no plebiscito previsto no art. 2º, das Disposições Transitórias.

Além do mais, vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira.

Assim, a Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, terminou por fazer uma série de modificações no Texto Constitucional, entre elas a que

⁵ O Ato Institucional nº 04, de 07.12.1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, entre 12.12.1966 a 24.01.1967, devendo discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Este Projeto, cuja confecção foi coordenada pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, e pelo Presidente Castelo Branco, contou com a participação de juristas ilustres, como Orozimbo Nonato, Themístocles Brandão Cavalcanti e Miguel Seabra Fagundes. Sendo assim, é discutível se falar em promulgação ou em outorga, pois se estaria diante de uma situação intermediária.

⁶ A própria Constituição da República de 1988 colocou, ao lado do seu procedimento de emenda (art. 60), aquilo que chamou de *revisão constitucional* (art. 3º, ADCT), dizendo: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

eliminava a figura da empresa brasileira e da empresa brasileira de capital nacional (arts. 170, inc. IX; 171), a que interferia na pesquisa e na lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1º); a que fixava a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural; bem como a refinação e o transporte marítimo do petróleo, *excetuando-se daí a pesquisa, a lavra e a industrialização dos minerais nucleares e os seus derivados* (art. 177, § 1º)⁷, e também, *agora pela Emenda nº 7/95*, chegou-se mesmo a alterar a regra geral de que a navegação de cabotagem e a interior seriam privativas de embarcações nacionais.⁸

Ainda no campo da ordem econômica, cabe destacar que a Emenda nº 08/95 veio a ampliar as possibilidades de o setor privado vir a explorar os serviços de telecomunicações.⁹

É bem possível que se diga que tudo isto vai no caminho de que o mundo está a exigir que o Estado diminua de tamanho, dado que a burocracia oficial não se apresenta como a argamassa para se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF/88), o que é um dos objetivos fundamentais da República. Após 1988, caiu o muro de Berlim, e isto permitiria a mais ampla abertura ao capital privado.

Pode ser que nisto haja razão, mas, seguramente, nos setores onde a lucratividade não se apresente, será necessária a atuação do Estado, sob pena de nem o Estado nem o capital privado virem a atendê-los. Ou, dito de outro modo: quando a atividade for lucrativa, cabe às empresas particulares tirarem proveito; quando não o fôr, cabe ao Estado arcar com o prejuízo. Parece que esta é a interpretação que se vem dando ao art. 173, “caput”, da Constituição da República, que predica que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou *ao relevante interesse coletivo*. Particularmente, no entanto, não me parece que

⁷ A Emenda Constitucional nº 09/95 fez inserir o § 2º, no art. 177.

⁸ O Texto original da CF/88 previa: “A navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei.” (art. 178, § 3º). O atual Texto Constitucional prevê: “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.”

⁹ O Texto original tinha a seguinte redação: “Compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.” O atual Texto prevê: “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.” (art. 21, inc. XI)

seja a melhor interpretação. Afinal, não se pode atribuir a alguém apenas o que dá prejuízo; não sendo razoável admitir que se retire como compatível com o interesse coletivo esta consequência hermenêutica.

Em verdade, na ordem econômica, foram tais as modificações e a pressa com que elas foram feitas que até se redundou por provocar um artigo que não possui nenhum texto. É a situação do art. 171, da Constituição da República, que, ao seu lado, tem apenas o seguinte registro: “Revogado pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995.”

Neste caso, seria até covardia procurá-lo, pois ele efetivamente desapareceu.

Mais: as Emendas nºs 06 e 07, que têm a mesma data (15.08.95), aprovaram, cada uma, o mesmo artigo constitucional. Acredite se quiser. O art. 246, da Constituição da República foi aprovado duas vezes, e com idêntico teor, tal a desatenção que vem merecendo a Constituição no Brasil. Algo bastante semelhante, mas ainda pior, do que adotar uma Constituição por um dia. Na hipótese, sequer se procurou saber que o artigo já havia sido aprovado.

Diz o art. 246 que: *“É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.”*

Diante dele, apresento duas situações:

1. se a Constituição chegou ao exagero de ver aprovado um mesmo artigo duas vezes, também entre as suas matérias há aquelas que vêm repetidas em mais de um artigo¹⁰. Ora, se um destes vier a ser alterado por Emenda, e os outros não

¹⁰ Como exemplo disto, veja-se: no “caput”, do art. 5º, tem-se que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Ainda no “caput” deste artigo, tem-se a inviolabilidade “do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” No inc. I, do mesmo artigo, diz-se: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.” No art. 226, § 5º, vem disposto: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” No art. 150, inc. I, diz-se que é vedado às pessoas políticas “instituir *tratamento desigual* entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”, não sendo outra coisa o que diz o art. 145, § 1º, quando trata da *capacidade econômica do contribuinte*.

Quanto à redução das desigualdade entre as regiões, pode-se, ao menos, citar-se os arts. 3º, inc. III; 151, inc. I; 165, § 7º e 170, inc. VII.

Sobre o princípio da *irretroatividade* é o mesmo que ocorre, conforme se retira dos arts. 5º, “caput” (segurança jurídica); 5º, inc. XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”); 150, inc. III, al. “a” (“é vedado às pessoas políticas cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”).

É bem verdade que se poderia dizer que todos eles se referem a cláusulas pétreas; por isto irremovíveis da Constituição (art. 60, § 4º, CF/88). No entanto, cabe sopesar que nada é mais fundamental nos tempos modernos do que a educação de um povo, e entre os direitos e garantias individuais é obrigatória a presença da educação. Assim, reconhecida esta como um direito de todos e um dever do Estado (arts. 205 e ss), havendo o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou mesmo sendo a sua oferta irregular, haverá a referida situação de importar em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º), sendo preciso que, na interpretação dos predicamentos constitucionais, não se esqueça de que a cidadania se constrói com a melhoria da qualidade de ensino, com a universalização do atendimento escolar etc; e tudo isto exige recursos.

o forem, poderiam estes últimos servirem de fundamento de validade para novas medidas provisórias, posteriores a 1995?

2. se um artigo alterado por Emenda tratasse originalmente de dois ou mais assuntos, e apenas um houvesse sofrido alteração, estaria o outro impossibilitado de vir a ser regulado por meio de medida provisória, mesmo estando manifestamente presentes os requisitos constitucionais para a sua edição (relevância e urgência. Vide art. 62)

Não se pense que isto só tenha importância teórica, senão vejamos.

A **contribuição social sobre o salário educação** vem disciplinada no art. 212, § 5º¹¹, que foi alterado em 1996, pela Emenda nº 14, que lhe retirou a expressão: *“que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes”*, embora a remissão feita à lei disciplinadora pudesse vir a restabelecer regulamentação neste mesmo sentido.

Ora, embora não de maneira especial, é sabido que o art. 149, da vigente Constituição, trata das contribuições especiais, entre elas as sociais.

Abstraindo a existência de outros defeitos apontados nesta contribuição social, cabe perquirir se este pode ser visto como mais um.

Particularmente, isto me faz lembrar um chavão tantas vezes repetido: “quando não se quer, qualquer desculpa serve.”

Enfim, alterado um artigo da Constituição, e se pretendendo regular a matéria por medida provisória, bastaria ou não procurar um outro artigo ?

Desde o início se falou que a Constituição de 1988 era extensa, com muitas normas e princípios expressos e implícitos.

Assim, passo ao leitor a palavra, desde já dizendo que a educação e a cidadania, no Brasil, não merecem passar por uma brincadeira de esconde-esconde.

¹¹ A redação atual do § 5º, do art. 212 é a seguinte: “O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, *na forma da lei.*”